

INTRODUÇÃO

A reunião de grandes empresas, através de consórcios, com o objetivo de participação nas licitações tornou-se um fenômeno corriqueiro nos últimos anos, o que atrai atenção especial dos operadores e estudiosos da área econômica e do Direito Administrativo, especialmente quem milita na área das licitações.

É importante discutirmos se tais consórcios podem se formar para execução de grandes obras, especialmente naquelas de vultoso capital a ser empregado e de conhecimentos técnicos específicos necessários para a consecução do objetivo final.

Porém, não se pode deixar de prestar atenção à ocorrência de Cartéis e Monopólios que visem exterminar a Livre Concorrência- princípio da atividade econômica prevista no artigo 170, IV, CF/88-, impondo um ambiente de deslealdade nas licitações, com prejuízos efetivos aos concorrentes e ao interesse público.

O CADE-Conselho Administrativo de Direito Econômico-, constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos, possui mecanismos previstos em lei para coibir tais práticas antidemocráticas, a impedir a concorrência Desleal e o abuso do Poder Econômico (art. 173, § 4, CF/88).

Aliás, a Superintendência-Geral desempenhará no novo sistema grande parte das funções hoje realizadas pela SDE e pela SEAE, como a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e de análise atos de concentração.

Casos mais simples de fusões e aquisições de empresas poderão ser encerrados no âmbito da própria Superintendência-Geral.

Ao Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, caberá a tarefa de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE no mercado.

A lei 11.529/11 trouxe inovações e medidas para permitir que o ambiente concorrencial se desenvolva com observância das regras legais atinentes às licitações, dotando o CADE de

instrumentos para dar efetividade às suas decisões, a fim de que no processo licitatório ocorra a Livre concorrência, sagrando-se vencedor do Certame aquele que melhores condições ofereça ao Poder Público para a consecução de obras e/ou serviços.

O abuso do Poder econômico e a Concorrência Desleal praticados por empresas, geralmente de grande porte, serão analisados sob o prisma da vantagem econômica auferida e prejuízos ao erário, bem como dos princípios norteadores do Direito Econômico Constitucional.

1 OS CONSÓRCIOS E A CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

1.1 A FORMAÇÃO DOS CONSÓRCIOS

O consórcio é uma modalidade de organização empresarial disciplinada pelos artigos 278 e 279 da Lei n.º 6.404/1976, sem personalidade jurídica própria, reunida pelo objetivo comum de executar determinado empreendimento ou negociação maior do que a capacidade de cada empresa individualmente.

O consórcio pode ser conceituado como a estrutura jurídico-societária, formada através de, ao menos, duas estruturas societárias empresariais, que tem por finalidade a soma de esforços técnicos e financeiros visando à execução de determinado empreendimento, cujo resultado é a obtenção de lucro justo e razoável, repartido proporcionalmente à participação de cada estrutura societária empresarial no consórcio, assim como as despesas e prejuízos.¹

A Legislação antitruste classifica o consórcio como uma espécie de ato de concentração, tendo em vista tratar-se de operação empresarial que pode alterar a concorrência no mercado.

As empresas consorciadas firmam um contrato e este é o instrumento jurídico que dá início e rege as condições do consórcio.

Importante ressaltar que outra característica importante deste conglomerado empresarial é que o consórcio não tem capacidade patrimonial, pois seus bens pertencem a um ou mais de seus sócios.

O consórcio de grandes empresas é tradicionalmente utilizado para grandes projetos de engenharia, como a construção de usinas hidrelétricas, redes de transmissão de energia, rodovias, portos, plataformas de petróleo ou nos projetos de Parcerias Público-Privadas (PPP).

Ademais, a Lei das Sociedades Anônimas dispõe:

Art. 278. ... § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Em que pese as empresas consorciadas estejam unidas para execução de determinado empreendimento, via de regra, estas não são solidárias entre si.

¹ SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO NOVO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro:2003, p.202

Dessa forma, as empresas utilizam-se do instrumento do consórcio para participar de licitações para contratação de bens e serviços com a Administração Pública, os quais, individualmente seriam inviáveis às empresas consorciadas.

Como não há subordinação entre as empresas consorciadas, esta alternativa se torna plenamente benéfica uma vez que permite a viabilização de grandes contratos maximizando os lucros e diluindo custos, incentivando o desenvolvimento local e regional.

1.2 A POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE ESTRUTURA CONSORCIAL EM CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS

A Lei 8.666/1993 permite em seu artigo 33 a organização de empresas por meio de consórcio para participação em licitações públicas “(...) *Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:(...)*.”

Para participar de licitações que possibilitem a sua contratação com o Poder Público, as empresas consorciadas devem ater-se ao respectivo edital, no qual deve constar expressamente a possibilidade da participação de consórcios na respectiva concorrência.

O edital é reflexo das necessidades da Administração Pública na contratação de determinado bem ou serviço e esta deve sempre primar pela observância dos princípios da razoabilidade e da conveniência administrativa na realização do certame licitatório.

Nesta linha, o Poder Público licitante deve sempre analisar individualmente a necessidade e a possibilidade da participação consorcial em cada concorrência pública, a fim de buscar sempre a proposta mais vantajosa.

A reunião de empresas através de consórcios para participação em concorrência pública e, conseqüentemente, para execução de grandes obras ou serviços públicos pode vir a garantir maior eficiência no cumprimento do contrato administrativo, eis que consiste na reunião de esforços de um grupo de empresas empenhadas em um mesmo objetivo.

É cediço que os consórcios são regidos pela Lei das SA e pelos termos do respectivo contrato de formação do grupo consorcial, contudo, na contratação com o Poder Público há modificações no regimento de suas atividades a fim de garantir o cumprimento do Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Na análise das condicionantes da viabilidade da participação de consórcios em determinada concorrência pública, deve-se considerar que, como asseverado anteriormente, a regra é a de solidariedade entre os consorciados, porém, na contratação com o Poder Público tem-se uma exceção, como ensina o Professor Egon Bockmann Moreira:

Na medida, o inc. V do art. 33 da Lei 8.666/93 prevê uma garantia superlativa à Administração, através da “responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato. Isto é, e ao contrário do previsto na Lei 6.404/76, existe regra de plena solidariedade entre os consorciados. Mais do que isso: norma de ordem pública que é, essa solidariedade não é derogável pela vontade das partes e a Administração não pode a ela renunciar (através do edital, v.g.)²

A especificidade trazida pela lei de licitações em relação à solidariedade entre empresas consorciadas dá maior garantia ao Poder Público quanto ao cumprimento das condições propostas pelo grupo consorcial contratado, a fim de minimizar os riscos ao erário.

Em uma licitação, o poder público organiza procedimento de concorrência entre os interessados para selecionar aquele que terá melhores condições de oferecer certos bens e serviços para a própria administração pública ou diretamente para a coletividade, na hipótese de outorga de concessões e permissões.

Para a licitação alcançar sua finalidade de seleção com isonomia da proposta mais vantajosa (artigo 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) é necessário que o processo estabeleça condições para que haja efetiva concorrência entre os interessados.

O procedimento licitatório pode, portanto, ser visto como sucedâneo das interações que idealmente ocorreriam num regime de mercado, pois deve estabelecer regras que garantam a existência de ambiente de concorrência entre os participantes.

Outrossim, por mais que seja permitida e tutelada a participação de consórcios na contratação com o Poder Público, o Estado pode e deve analisar a sua viabilidade diante da demanda existente e as condições da execução do contrato na busca pela eficiência administrativa.

² MOREIRA, Egon Bockmann. *Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (Considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93)*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Instituto de Direito Público da Bahia. n.º3, ago-set-out. Salvador:2005. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acessado em 10.06.2015.

É que, apesar de a ambição dos agentes públicos na busca pela eficiência administrativa ser condição relevante no desenvolvimento regional, a abertura para concorrência de consórcios de empresas pode ser contaminada pela ganância despida de qualquer caráter ético ou moral, podendo levar à formação de cartéis e colocar em risco a ordem econômica.

1.3 A FORMAÇÃO DE CARTÉIS NA CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Asseveramos que plenamente permitida na legislação pátria a reunião de empresas com o objetivo específico e temporário de executar determinando empreendimento ou serviço.

Da mesma forma, empresas podem participar de licitações públicas de maneira consorciada, desde que respeitadas às condições específicas da contratação com o Poder Público, especialmente no que se refere às disposições do respectivo edital e a supremacia do interesse público.

Inobstante os aspectos suscitados alhures, necessário considerar que a reunião de empresas mal intencionadas com o objetivo de vencer concorrência pública e explorar determinada atividade dela decorrente pode acarretar formação de cartéis.

Segundo os ensinamentos de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues:

Em sentido amplo, cartel representa a restrição e até a eliminação da concorrência entre um conjunto de empresas, com a finalidade de auferir lucros maiores. A estrutura de oferta vigente é fixada e as participações do mercado são mantidas. Com a ação coordenada, cada empresa tem condições de praticar preços e conseguir lucros maiores³.

Especificamente na contratação com o Poder Público, os cartéis podem gerir acordos para fixação de preços acima de patamar estipulado pelas próprias empresas, para direcionamento do resultado do certame, para divisões de mercado, seja pelo objeto licitado ou por delimitação geográfica, para supressão de propostas anteriormente apresentadas, para oferta de propostas previamente acordadas com preços muito altos ou imbuídas de outra causa desclassificatória, para rodízio de vencedoras ou ainda para subcontratação de empresas que não participaram da

³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.160

concorrência pública.

O cartel tem efeito imediato na manutenção do equilíbrio econômico na medida em que reduz ou até anula a livre concorrência e gera a concentração de riqueza e nas mãos dos seus integrantes.

Esse tipo de arranjo comportamental denominado cartel podem abranger as mais diversas relações de comércio, alterando relevantes condicionantes na concorrência com o objetivo de eliminar a competição o ocasionar a restrição do mercado consumidor.

Cabe dizer, que os cartéis são a maior ameaça à livre concorrência e podem interferir até mesmo no desenvolvimento de novas tecnologias, haja vista que com a competição artificial as empresas não têm a necessidade de desenvolver novos aparatos tecnológicos e lancem novos produtos.

Convém destacar que qualquer ato de concentração, inclusive o consórcio, é passível de análise pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência disposto na Lei n.º 12.529/2011, logo, a formação de consórcios para contratação de obras ou serviços públicos submetem-se tanto a Lei de Licitações quanto à Legislação Antitruste.

Nesse sentido, as empresas consorciadas participantes de procedimentos licitatórios estão sujeitas ao controle de condutas pelo Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência e às punições elencadas na Lei n. 8.666/93.

Oportuno destacar que, além das penalidades criminais e administrativas pertinentes à fraude em licitações públicas, o crime de cartel é punível de acordo com a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90).

Assim, temos dois bens essenciais a serem tutelados, de um lado a ordem econômica e de outro o interesse público, enquanto a Lei 8.666/93 busca resguardar os interesses da Administração Pública, a Lei 12.529/2011 busca o equilíbrio econômico com a manutenção de princípios constitucionais como a livre iniciativa e a livre concorrência.

Os crimes contra a Administração Pública são analisados e julgados pelos órgãos de controle externo como os Tribunais de Contas dos Estados e da União e o Ministério Público,

enquanto que os crimes que atentam contra a ordem econômica são de competência do CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

Analisaremos a seguir as atribuições do CADE no controle da ordem econômica, especialmente no que concerne aos atos de concentração formados para contratação com o Poder Público.

2 O CADE E SUA ATUAÇÃO NOS CONTRATOS PÚBLICOS

2.1 ORIGEM HISTÓRICA DO CADE

O CADE fora criado como órgão autônomo subordinado diretamente à Presidência da República e denominado de Comissão Administrativa de Defesa Econômica, pelo Decreto-Lei n.º 7.666, de 22 de junho de 1945, pelo então Presidente Getúlio Vargas.

No ano de 1962, a Lei 4.137 cria novamente o CADE, desta feita como Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com sede na capital federal e jurisdição em todo território nacional, vinculado ao Conselho de Ministros e responsável pela apuração de condutas abusivas do Poder Econômico.

Neste momento, eram consideradas abuso de Poder Econômico as práticas que ensejassem domínio de mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência, elevação sem justa causa dos preços; condições monopolísticas ou abuso de posição dominante e a formação de grupo econômico.

Portanto, nos termos da Lei n. 4.137/62, o art. 74, a associação de empresas seria considerada ilícita se, e somente se, produzisse determinado resultado ou objetivo que estivesse tipificado em lei de uma forma bastante alerta⁴.

Nos primeiros anos após sua criação, o CADE teve uma atuação modesta no cumprimento de suas atribuições, apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a defesa dos Princípios relativos à manutenção da Ordem Econômica, passou a atuar de forma mais eficaz.

A Lei 8884/1994 transforma o CADE em autarquia e lhe concede mais autonomia, o que

⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.75

enseja maior efetividade em suas atribuições e conseqüente credibilidade.

O art. 20 da Lei 8884/94 dispunha que os atos contrários à ordem econômica aqueles que tivesse por objeto, produzissem ou pudessem produzir, os seguintes efeitos: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar o mercado relevante de bens e serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; ou exercer de forma abusiva posição dominante.

A partir daí o CADE passou a ter uma função mais atuante e a interferir positivamente na Ordem Econômica nacional.

Como reflexo dos relevantes resultados da legislação antitruste no Brasil, foi sancionada a Lei n.º 12.529/2011, reestruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ampliando a competência do CADE.

Em que pese a relevância de toda a reformulação da lei antitruste, nos ateremos a analisar o novo contexto trazido pela Lei 12.529 no que concerne à atuação quanto aos consórcios formados para contratação com o Poder Público.

2.2 O CONTROLE ANTIRUSTE NOS CONTRATOS DE BENS E SERVIÇOS PÚBLICOS

Os atos de concentração, como fusões e aquisições de empresas, à égide da Lei 8.884/94 deveriam ser analisados pelo CADE após a sua formalização. Ocorre que com a vigência da nova lei de defesa da concorrência, a análise de fusões e aquisições deverão ser submetidos ao CADE antes de serem consumadas.

Durante muito tempo, os Consórcios destinados às licitações promovidas pela administração pública chegaram a ser considerados atos de concentração e, portanto passíveis de análise pelo controle de condutas do CADE.

Tanto o é que, ainda sob vigência da Lei 8884, o CADE já havia promulgado a Súmula 3:

Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão.

Em sentido inverso da regra geral, o art. 90, parágrafo único da Lei 12.529 dispensa da análise prévia do CADE os atos de concentração descritos no inciso IV do mesmo artigo, ou

seja, os consórcios ou joint venture quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos dela decorrentes.

Com a inovação da nova lei antitruste, as empresas que se unirem para participar de licitações e leilões promovidos pelo governo passaram a não ter que submeter esses acordos ao CADE.

Na prática, a isenção vale para grandes obras públicas, como os leilões dos aeroportos e a construção de rodovias, linhas férreas e usinas hidrelétricas.

A lei 8884/94 exigia que um consórcio vencedor de licitação teria que submeter seus contratos ao CADE para verificação de condições de preservação da ordem econômica.

O grande cerne da mudança na legislação antitruste no que se refere aos contratos públicos é agilizar a contratação de grandes obras e serviços públicos.

Pela Lei anterior, se uma empresa ou consórcio ganhasse mais de uma licitação governamental e passasse a ter alto poder de mercado, o órgão antitruste poderia intervir impondo condições aos contratos das empresas vitoriosas num leilão ou retirando, por exemplo, cláusulas de exclusividade para a contratação de terceiros.

Durante as discussões para elaboração da Lei 12.529, houveram opiniões contrárias ao texto normativo supracitado sob o argumento de que sem a análise do CADE, os consórcios ficariam livres de eventuais restrições do ponto de vista concorrencial e não precisariam se preocupar com cláusulas de exclusividade para a contratação de fornecedores em seus contratos.

Contudo, prevaleceu a visão de que a melhor forma de coibir cartéis em licitações seria a elaboração de um edital eficaz, apto a coibir práticas que atentem à ordem econômica e mantenham a celeridade dos atos administrativos.

A dispensa da análise prévia do CADE aos consórcios formados para contratação com o Poder Público não significa que as condutas praticadas pelas empresas participantes estejam imunes ao controle antitruste.

A defesa da manutenção da ordem econômica dar-se-á pelo próprio CADE, apenas de forma menos burocrática, mais célere e, acreditamos, mais eficaz.

A exemplo da atuação eficiente do CADE quanto à formação de cartéis na contratação com Poder Público passaremos a analisar o caso de processo de investigação conduzida pelo órgão de controle em licitações de trens e metrô nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e outros.

3 ATUAÇÃO DO CADE EM LICITAÇÕES DE TRENS E METRÔS NOS ESTADOS DE SÃO PAULO, RIO DE JANEIRO E OUTROS

A Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE instaurou o processo administrativo (PA 08700.004617/2013-41) para apurar suposta prática de cartel em licitações de trens e metrô realizadas entre, pelo menos, 1998 e 2013 em São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Ao todo, 18 empresas e 109 funcionários dessas companhias são acusados de participação no ilícito.

O CADE investigou a conduta das empresas envolvidas por meses e, após operação de busca e apreensão constatou através das provas colhidas que o suposto cartel teria atuado em 15 projetos licitados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô-SP, Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, Companhia do Metropolitano do Distrito Federal – Metrô-DF, Empresa de Trens Urbanos – Trensurb, Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU e Secretaria de Estado de Transportes do Rio de Janeiro.

A investigação teve início em um acordo de leniência firmado entre a superintendência do CADE, o Ministério Público Federal e a empresa Siemens, colaboradora do processo.

Os contratos oriundos das licitações investigadas totalizam cerca de R\$9,4 bilhões de reais.

Segundo a nota técnica n.º 81 expedida pelo CADE, os participantes do cartel teriam dividido as licitações entre eles e simulado a competição nos certames, por meio, por exemplo, da combinação prévia dos valores das propostas comerciais a serem apresentadas pelas empresas e consórcios concorrentes. Para implementar suas estratégias anticompetitivas, as empresas teriam se utilizado inclusive de institutos formalmente legais, como o consórcio e a subcontratação, para dar uma aparência de competição ao suposto cartel.

Nota Técnica n.º 81 Superintendência-Geral

EMENTA: Inquérito Administrativo. Suposto cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares. Suposta participação de empresas de consultoria especializada. Instauração de Processo Administrativo, nos termos dos artigos 13, V, e 69 e seguintes, da Lei n.º 12.529/11 c/c artigo 146 e seguintes do Regimento Interno do Cade.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Inquérito Administrativo Sigiloso instaurado em 22 de maio de 2013, por meio da Nota Técnica de fls. 01/40, acolhida pelo Despacho de fl. 41, com vistas a apurar suposto cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares.

2. O caso em análise foi iniciado a partir da celebração de Acordo de Leniência entre a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e as empresas Siemens Ltda. e Siemens AG, além de alguns de seus funcionários, doravante denominados "Beneficiários". Por meio do referido acordo, os Beneficiários confessaram suas participações como co-autores na conduta citada, com vistas a obter, em contrapartida, os benefícios referidos no art. 86, §4º, e 87 da Lei n.º 12.529/2011 (fls. 42/63).

3. O Acordo de Leniência foi acompanhado pelo Histórico da Conduta, documento que contém a descrição detalhada dos fatos, do modo de funcionamento do cartel e dos participantes, conforme relatado pelos Beneficiários, bem como de 6 (seis) apensos, contendo detalhes dos procedimentos licitatórios. O Histórico da Conduta foi elaborado com base em informações prestadas pelos Beneficiários e em documentos localizados em seus computadores e arquivos (fls. 64/1069).

4. Em síntese, os Beneficiários confessaram a ocorrência de contatos entre concorrentes com o objetivo de eliminar a competição em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, desde, pelo menos, 1998. Os concorrentes apontados como co-autores das práticas relatadas foram as empresas Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda.; Alstom Transport S.A.; Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil; Bombardier Transportation Brasil Ltda.; CAF Brasil Indústria e Comércio; Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A.; DaimlerChrysler Rail System Brasil; Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda.; Hyundai-Rotem Co. Ltd.; IESA Projetos Equipamentos e Montagens S.A.; MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda.; MPE – Montagens e projetos especiais S.A.; Mitsui & Co Ltd.; Mitsui Brasileira Importação - Exportação S/A; Serveng-Civilsan S/A – Empresas Associadas de Engenharia; TCBR Tecnologia e Consultoria Brasileira S/A; Temoina do Brasil Ltda; Trans Sistemas de Transportes S.A.

5. Com vistas a complementar a instrução, a SG/Cade encaminhou cópia da nota técnica de instauração do presente Inquérito à Procuradoria-Geral Especializada do Cade para que fossem tomadas providências com vistas à proposição de ações cautelares de busca e

Ilustração 01 – Nota Técnica n.º 081 da Superintendência Geral do CADE

As acusadas teriam praticado condutas e estratégias anticompetitivas como a definição prévia de quais empresas fariam parte de determinado consórcio e quais participariam da

licitação apenas para apresentar propostas de cobertura quando há acerto de que uma das companhias ofertará valor superior para propositadamente não vencer a concorrência pública.

Outra medida adotada seria a definição de que um único consórcio concorreria no certame, mediante compensação às empresas que ficassem de fora.

A investigação foi levada ao conhecimento de outros órgãos de controle externo:

O Cade também encaminhará cópia da investigação à Procuradoria-Geral da República, MPF, ministérios públicos de São Paulo e do Distrito Federal e Corregedoria da Administração do Estado de São Paulo. Além desses órgãos, a autarquia comunicará oficialmente a abertura do processo administrativo à Controladoria-Geral da União, Ministério Público do Rio de Janeiro e Secretaria de Transparência e Controle do Distrito Federal⁵.

O processo de investigação continua e, ao final da instrução processual, a Superintendência-Geral opinará pela condenação ou arquivamento e remeterá o caso para julgamento pelo Tribunal Administrativo do CADE, responsável pela decisão final.

⁵ CADE – Conselho administrativo de Defesa da Concorrência. *Investigação do Cade aponta indícios de cartel em licitações de trens e metrô em SP, DF, MG, RS e RJ.* Disponível na internet em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c074829769be55de2b18280652f9>. Acessado em 15/05/2015.

CONCLUSÃO

A livre concorrência é um dos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170, IV, CF/88), não podendo ser restringida por agentes econômicos, sendo questão fundamental numa economia de mercado, com ampla divulgação nos meios de comunicação e, por isso, fazendo parte do dia-a-dia das pessoas, principalmente daquelas que se dedicam ao estudo do Direito e da Economia.

A livre concorrência garante, por um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas. A constatação de que o Estado pode contrapor-se a um movimento de concentração da produção nos mercados permitiu o surgimento da legislação antitruste no mundo.

Assim, a estruturação de uma legislação de defesa da concorrência consistente surge como a forma mais adequada do Estado de regular as atividades econômicas do setor privado, tendo como preocupação compatibilizar o incentivo à concorrência, bem como garantir o bem-estar do cidadão.

A sociedade brasileira, após vasta discussão e pesquisa, foi contemplada com a aprovação da Lei nº 12.529/2011, cuja inspiração principiológica advém da Lei nº 8.884/1994, a qual traz em si, dentre outros, o objetivo de reduzir o tempo de análise dos processos ligados ao ambiente concorrencial, além de otimizar recursos da Administração Pública visando um controle mais efetivo de condutas e concentrações econômicas.

Com o objetivo de preservar o mercado, a análise prévia de atos de concentração, que deveriam ser informados antes de sua concretização, dependeria da aprovação do CADE, inclusive em se tratando de consórcios formados para contratação com o Poder Público.

A estrutura dos órgãos de defesa da concorrência foi aperfeiçoada, a fim de se ter lugar uma repressão eficiente às condutas anticompetitivas.

Novos procedimentos de apuração e penalidades estão previstos para a apuração de cartéis, propiciando, efetivamente, ações repressivas eficientes, mas respeitando o prazo prescricional.

Também não se pode esquecer que a lei nº 8.137, de 27.12.1990, define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Não há como desvencilhar o estudo da concorrência desleal à noção de abuso do direito.

Os empresários têm direito de concorrer, disputando os consumidores dos demais que exploram o mesmo segmento econômico, mas não podem exercê-lo abusivamente.

O monopólio é a situação em que há apenas um fornecedor de determinado bem ou serviço no mercado, o que possibilita diminuição da produção para elevar os preços, garantindo lucro máximo, com exclusão dos consumidores potenciais, desestímulo a buscar inovações tecnológicas e formas mais eficientes de operar. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, conforme prevê o artigo 3º da Lei nº 12.529/2011, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE- e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE- do Ministério da Fazenda.

O CADE tem as atribuições de analisar e aprovar ou não os atos de concentração econômica, de investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e, se for o caso, aplicar punições aos infratores e de disseminar a cultura da livre concorrência.

O artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 define os atos de concentração, excluindo, para os efeitos legais, os consórcios ou associações destinadas às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

O dispositivo reflete a preocupação de evitar atuações redundantes ou contraditórias dentro da administração pública. Isso poderia ocorrer no contexto das licitações se as regras pertinentes à forma de participação dos agentes econômicos e posterior adjudicação do objeto licitado estivessem sujeitas a revisão ou limitação pelo CADE, ainda que pela via indireta da análise dos atos de concentração.

Dessa forma, pode-se concluir que, embora os consórcios, especialmente em licitações públicas, sejam organizações empresariais formadas para possibilitar o cumprimento de objetivo comum e benéfico a todas as empresas participantes e por isso se assemelhem à cartéis, via de regra, não podem ser confundidos com estes.

Considerando que o Estado autoriza a formação dos consórcios para contratação com o Poder Público, deve-se considerar que, via de regra, estes têm o objetivo de garantir a oferta mais vantajosa à administração pública e não necessariamente representa efeitos nocivos à ordem econômica.

Somente caso algum Consórcio destinado a participar de licitação seja formalizado por meios ilícitos, como direcionamento ou outros acordos que visem o domínio de mercado, é que deve ser considerada a intervenção do CADE.

Assim, podemos afirmar que os consórcios podem existir na economia de mercado, mesmo porque as grandes obras assim o exigem, pois demandam grande capital e conhecimento técnico.

Todavia, práticas anticompetitivas, que visem lesar o consumidor final e trazer lucros exorbitantes ao vencedor, serão reprimidas pelo CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica-, com base na Lei 12529/2011 e através de suas Resoluções.

O aparelhamento do Estado foi modernizado para impedir ou reprimir a ocorrência de concorrência desleal, a formação de cartéis e monopólios e o abuso do poder econômico, o que é um grande avanço para o país.

Por outro lado, demonstra ser uma evolução no aparelhamento estatal, a desburocratização do procedimento licitatório de grandes empreendimentos ou serviços públicos com a análise prévia dos consórcios participantes.

Com a nova lei de controle da concorrência passou a ser menos moroso o trâmite administrativo da concorrência pública de grandes e relevantes contratos de interesse público, mantendo-se a regulação e o controle da ordem econômica pelo CADE.

Cabe ao CADE impor multas pesadas, como já vem acontecendo, para quem tentar burlar o ambiente concorrencial, deixar de homologar atos de concentração que visem abusar do poder econômico, com o objetivo de levar vantagem pessoal em detrimento de toda a coletividade, deixando para trás o ensinamento constitucional previsto no artigo 3, inciso I, que remete à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Estrutura jurídica do consórcio destinado às contratações com a Administração Pública*. Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. 2003. Disponível em www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=770552. Acessado em 02.05.2015.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (Considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93)*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. 2005. Disponível em www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GON%20BOCKMANN.pdf. Acessado em 10.06.2015.
- CADE – Conselho administrativo de Defesa da Concorrência. *Investigação do Cade aponta indícios de cartel em licitações de trens e metrô em SP, DF, MG, RS e RJ*. Disponível na internet em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c074829769be55de2b18280652f9>. Acessado em 15/05/2015.
- CORDOVIL, Leonor, CARVALHO, Vinícius Marques de, BAGNOLI, Vicenti, ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GABAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oiveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção de Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VIEIRA, Jair Lot. *Legislação de Defesa da Concorrência CADE*. São Paulo: Edipro, 2012.
- PINTO, Felipe Chiarello de Souza, MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *O Cade e a Efetividade de suas Decisões*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.